

# N° 3200 – Les normes juridiques

Date de fraîcheur : 5 Janvier 2021

**Guillaume DROUOT**  
**Professeur agrégé**  
**université de Bordeaux**

## APERÇU RAPIDE

---

### 1. Éléments-clés

La règle de droit se distingue d'autres règles, comme les règles scientifiques ou les règles morales.

La règle de droit se présente sous différentes formes : on parle ainsi des sources **formelles** du droit. Les sources formelles du droit sont classiquement la loi, la coutume et la jurisprudence. Les sources formelles du droit sont à distinguer des sources **matérielles** du droit, qui sont les éléments ou les événements influençant le contenu de la règle de droit.

Les différentes règles de droit sont organisées hiérarchiquement et on peut se représenter cette hiérarchie sous forme de pyramide, la pyramide des normes. La norme la plus haute doit être respectée par la norme qui est en dessous et ainsi de suite. Le juge contrôle la conformité d'une règle inférieure à la règle supérieure.

**Attention** : Certains auteurs distinguent **norme** et **règle**. Ce ne sera pas le cas ici, les deux termes seront tenus pour synonymes.

### 2. Textes de référence

- La hiérarchie des normes et son contrôle : *Const. 4 oct. 1958, art. 54, 55, 61, 61-1*

### 3. Bibliothèque LexisNexis

#### 3.1. Synthèses JurisClasseur

- JCl. Civil Code, Synthèse 10 : Application de la loi et la jurisprudence dans le temps

#### 3.2. Fascicules JurisClasseur

- JCl. Administratif, fasc. 1418
- JCl. Civil Code, Art. 1235 à 1248, fasc. 10
- JCl. Europe Traité, fasc. 196

#### 3.3. Revues JurisClasseur

- La Semaine Juridique, édition générale (JCP G – hebdomadaire)

#### 3.4. Codes et ouvrages LexisNexis

- D. Mainguy, Introduction générale au droit : *coll. Objectif Droit, 8e éd., 2020*
- Ph. Malinvaud, Introduction à l'étude du droit : *coll. Manuel, 20e éd., 2020*

## CONNAISSANCES

---

L'étude du droit repose notamment sur l'étude des normes juridiques. De plus, le juge doit fonder sa décision sur une norme juridique. Il est donc important pour l'étudiant et pour toute personne confrontée de près ou de loin à un procès de savoir ce que sont les normes juridiques : en quoi se distinguent-elles d'autres normes, comment se forment-elles, comment sont-elles organisées ?

### 1. La règle de droit

#### 1.1. La recherche d'un critère de la règle de droit

Il est acquis que la règle de droit est différente d'autres règles. Ce n'est pas une règle scientifique, expliquant, par exemple, pourquoi la pomme, en se détachant de sa branche, tombe (loi de la gravitation). Ce n'est pas non plus une règle morale, religieuse, de politesse, de mœurs, ou encore une règle sportive. La difficulté est de trouver un critère pour distinguer la règle juridique de ces autres règles. Cela revient à chercher ce qui fait que le droit est un phénomène particulier, à part, spécifique.

Différents critères ont été proposés : la **sanction** ou la **contrainte**, le caractère **extérieur** de la règle juridique, qui est imposée de l'extérieur et qui ne dépend pas de la conscience de chacun. Ou encore la **justiciabilité**, qui implique que le critère du droit est l'intervention possible d'un juge. La liste n'est pas exhaustive et il est délicat de dégager un critère unique. Ce qui compte, c'est de connaître ces différents aspects de la règle de droit.

Par ailleurs, vouloir distinguer le droit de la morale, par exemple, ne signifie pas que le droit ne puisse pas s'inspirer de la morale pour établir le contenu de ses règles. Distinguer n'est pas séparer.

**Exemple** : La règle morale et religieuse « tu ne tueras pas », ainsi énoncée, n'est pas juridique. Elle n'est pas sanctionnée, elle vient de la conscience ou est révélée. Il ne paraît pas possible de l'invoquer devant le juge. Pourtant, l'homicide est sanctionné en droit : la règle de droit s'est inspirée de la règle morale et religieuse.

#### 1.2. La structure de la règle de droit

La règle de droit peut normalement être écrite sous la forme **si-alors**. À un élément de fait, à une situation, est attachée une conséquence, un effet de droit.

**Exemple** : L'article 144 du Code civil dispose que « *Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus.* ». Il est possible de réécrire la règle ainsi : **si** une personne n'a pas 18 ans, **alors** elle n'a pas le droit de se marier.

#### 1.3. Les caractères idéaux de la règle de droit

Idéalement, la règle de droit est :

**Abstraite**, **générale**, et **impersonnelle**. Ces trois premiers caractères montrent que la règle doit s'appliquer au plus grand nombre possible. Elle n'a pas à diriger la conduite de telle ou telle personne nommément désignée, mais des catégories abstraites. On peut distinguer alors :

- le **droit objectif**, qui est l'ensemble des règles juridiques, abstraites ;
- et le **droit subjectif**, qui est le droit que tire la personne d'une règle de droit abstraite, pour son cas particulier.

Le droit objectif est celui qui s'écrit avec une majuscule : le Droit.

**Permanente** . La permanence de la règle de droit ne veut pas dire qu'elle est éternelle. Cela signifie qu'elle doit s'appliquer tant qu'elle existe, tant qu'elle n'a pas été abrogée et qu'elle est faite pour durer.

**Efficace** . Idéalement, la règle de droit permet d'obtenir le comportement souhaité ou est appliquée par le juge à chaque fois qu'elle est violée. Dans la réalité, la règle n'est pas toujours suivie ou appliquée et il arrive même qu'elle produise des effets inattendus et indésirables.

**Juste**. Le fait que le droit doive tendre à édicter des règles justes invite à présenter une distinction : celle du droit positif et du droit naturel. Le droit **positif** est le droit applicable à un moment donné à un lieu donné, issu de la volonté humaine. C'est le droit qui est étudié à l'université, qui est réformé par le législateur. Il peut être injuste. Le droit **naturel** serait plutôt un droit qui existerait indépendamment de la volonté humaine, qui représenterait une sorte de justice supérieure et parfaite vers laquelle le droit positif devrait tendre. En réalité, il est difficile de définir précisément le droit naturel. Il existe d'ailleurs deux grandes écoles du droit naturel :

- une école **classique** (le droit est dans les choses : le juste et l'injuste ne dépendent pas de la volonté humaine et ce qui est juste dépend de chaque cas particulier, la solution juste apparaît après avoir confronté les différents points de vue au regard d'une situation particulière) ;
- et une école **moderne** (le droit naturel est le droit qui peut être déduit de la raison humaine : la règle de droit naturelle est alors immuable et universelle).

**Exemple** : Un exemple permet de comprendre la différence entre les deux visions du droit naturel : est-il juste de modifier un contrat qui dure dans le temps parce qu'une partie, à cause d'un changement des circonstances économiques, subit un préjudice du fait de l'exécution du contrat ? Par exemple, un contrat de location dans lequel les loyers deviennent trop faibles pour le bailleur qui perd de l'argent car l'entretien de la chose qu'il loue lui coûte beaucoup plus cher que les sommes reçues. Selon l'école du droit naturel moderne le contrat est comme la loi : les parties y sont soumises, on ne peut modifier le contrat. La valeur morale qui est derrière cette solution est le respect de la parole donnée, valeur qui serait universelle et intemporelle. Selon l'école du droit naturel classique, il faudrait en discuter : que demande le bailleur exactement ? Est-ce que cette demande, si on y accède, cause un dommage démesuré au locataire ? Quel est désormais le juste loyer ? Il appartiendra alors au juge de trancher impartialement après avoir entendu les deux parties.

#### **Pour aller plus loin :**

- J. Carbonnier, Sur le caractère primitif de la règle de droit : Mél. en l'honneur de P. Roubier, *Dalloz et Sirey*, p. 109, 1961
- F. Chénéde, Le droit civil, au naturel, *RTD civ.* 2020, p. 506 et s.
- Ph. Jestaz, Le droit : *Dalloz, coll. Connaissance du droit*, 2014, 8e éd.
- R. Libchaber, L'ordre juridique et le discours du droit : *Lextenso éditions, LGDJ*, 2013
- J. Rivero, Sanction juridictionnelle et règle de Droit : *Études L. Julliot de la Morandière : Dalloz*, 1964, p. 457
- P. Roubier, Théorie générale du droit : *Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz*, 2005 (réimpression d'un ouvrage de 1951).

## **2. Les sources du droit**

On distingue classiquement les sources matérielles et les sources formelles du droit (V. *Fiche pédagogique n° 3229 : Les grandes notions du droit constitutionnel*)

Les sources **matérielles** du droit sont les éléments, les événements, les faits, qui inspirent le législateur pour rédiger la règle de droit. Le doyen Ripert (1880-1958) avait utilisé l'expression de « forces créatrices du droit ».

**Exemple** : Le désir d'égalité a pu être la source matérielle de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe (*L. n° 2013-404, 17 mai 2013*). La morale et des considérations de santé publique peuvent être des sources matérielles de l'interdiction de l'inceste (*V. C. civ., art. 161 à 164, C. pén., art. 222-22-1*).

Les sources **formelles** du droit désignent la manière dont la règle de droit prend forme. Le résultat est le même, on a une règle de droit, mais la façon dont elle est faite est différente. On distingue classiquement :

- **la loi**, qui au sens large représente toute règle de droit émanant de la volonté d'un organe. Elle se forme instantanément, elle vient d'en haut. La doctrine dénonce l'augmentation du nombre de lois, ainsi que leur faible qualité. Elle parle d'inflation législative ;
- **la coutume**, encore appelée droit spontané, qui est la règle de droit qui se forme dans le temps par la répétition d'un même geste, d'une même conduite, par un groupe de personnes. Ce comportement s'imposera, ou sera perçu, au bout d'un certain temps, comme étant une règle de droit. La coutume a donc un caractère populaire. C'est un droit qui vient d'en bas ;
- **la jurisprudence**, qui est la règle de droit émanant des jugements, des décisions du juge. La doctrine a longtemps débattu pour savoir si c'était une véritable source formelle du droit. Aujourd'hui, son immense majorité s'accorde à dire que c'est une source formelle. Elle est parfois une règle posée directement par le juge, instantanément (arrêts de principe ou revirements, lesquels sont en principe rétroactifs), ou bien elle est parfois déduite d'un ensemble de décisions qui sont concordantes et répétées.

Au-delà de ces sources classiques, la doctrine s'interroge parfois sur l'existence d'autres sources du droit moins officielles, mais tout aussi effectives. Elle mentionne alors certains actes produits par l'Administration, les codes de déontologies, les règles de bonne conduite des entreprises, autant d'éléments qui peuvent composer le droit souple ou les « petites » sources du droit. Le Conseil d'État a accepté en 2016 (*CE, 21 mars 2016, n° 368082, Sté Fairvesta International GmbH : JurisData n° 2016-004898 ; CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, Sté NC Numericable : JurisData n° 2016-004897*) que le justiciable puisse contester des normes de droit souple (ici des communiqués de presse de l'Autorité des marchés financiers et une prise de position de l'Autorité de la concurrence) devant le juge administratif. Les injonctions, les conseils du droit souple se rapprochent ainsi de la règle de droit.

Enfin, la doctrine se demande également si elle ne serait pas elle-même source du droit.

#### **Pour aller plus loin :**

- I. Desbarats, G. Jazottes, La responsabilité sociale des entreprises : quel risque juridique ? : *CDE 2012, dossier 13*
- V. Lasserre, Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance : *LexisNexis, 2015*
- P. Deumier, La jurisprudence aujourd'hui et demain : *RTD civ. 2017, p. 600 et s.*
- O. Dupeyroux, La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit : *Mél. dédiés à G. Marty : Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 463*
- Ph. Jestaz, Les sources du droit : *Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005*
- N. Molfessis (dir.), Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet : *LexisNexis, 2005*
- R. Savatier, Observations sur les modes contemporains de formation du droit positif : *Mél. J. Dabin, t : 1, Sirey, Bruylant, 1963, p. 293*

- F. Zenati-Castaing, Le Code civil et la coutume : Libres propos sur les sources du droit. Mél. en l'honneur de Ph. Jestaz : *Dalloz*, 2006, p. 607

### 3. La hiérarchie des normes

#### 3.1. Présentation simplifiée

Afin d'ordonner les différentes sources formelles du droit, de les classer, une hiérarchie a été instituée. Elle s'inspire des travaux d'un célèbre philosophe du droit autrichien, Hans Kelsen (1881-1973), qui considère qu'une norme n'est juridique que si elle est prise en vertu d'une autre norme juridique. Kelsen dit qu'une norme tire sa validité (comprendre : sa juridicité) d'une autre norme. D'une norme fondamentale dérive ainsi la Constitution, puis la loi, puis les règlements, etc. Kelsen présente cela sous la forme d'une **pyramide**. L'image a été reprise pour ordonner les sources formelles du droit selon leur importance : la norme inférieure doit respecter la norme supérieure. De la pyramide de Kelsen, s'intéressant à la **validité** des sources formelles, on a déduit une pyramide de la **conformité** des sources formelles entre elles. La loi tire sa validité de la Constitution, mais, en plus, elle doit lui être conforme.

En réalité, cette hiérarchie des sources formelles est surtout applicable aux textes, aux normes qui sont faites sur le modèle de la loi. Pour le droit français, on peut en faire la description suivante, en partant de la norme la plus importante vers la moins importante :

- la Constitution et le bloc de constitutionnalité (*Const. 4 oct. 1958, art. 54*) ;
- les lois organiques (*Const. 4 oct. 1958, art. 46*) ;
- les traités internationaux (*Const. 4 oct. 1958, art. 55*) ;
- les lois (*Const. 4 oct. 1958, art. 34*) ;
- les règlements (*Const. 4 oct. 1958, art. 37*) et les ordonnances (*Const. 4 oct. 1958, art. 38*).

#### 3.2. Complications

##### 3.2.1. La difficulté résolue : les rapports entre les traités et la loi

Il ne fait aujourd'hui plus de doute que la loi est inférieure aux traités internationaux. L'article 55 de la Constitution le prévoit. Peu importe que la loi ait été votée avant ou après le traité.

Le droit de l'Union européenne présente une particularité : il est composé de traités, TUE et TFUE, mais également d'une législation dite dérivée, les règlements et les directives. Quelle place accorder à ce droit dérivé ? Au-dessus ou en-dessous de la loi ? Le Conseil d'État a considéré que les règlements étaient supérieurs à la loi (*CE, 24 sept. 1990, n° 58657, Boisdet : JurisData n° 1990-643825*). Il en va de même pour les directives (*CE, ass., 28 févr. 1992, n° 56776, Rothmans : JurisData n° 1992-040237*).

##### 3.2.2. Une difficulté non résolue : les rapports entre les traités et la Constitution

La difficulté principale réside désormais dans les rapports entre la Constitution et le droit de l'Union européenne ainsi que dans les rapports entre la Constitution et la Convention européenne des droits de l'Homme :

- pour la CJUE et pour la Cour EDH, les traités sont supérieurs à la Constitution (*V. R. Mehdi, JCl. Europe Traité, fasc. 196*). La CJUE le dit explicitement (*CJCE, 15 juill. 1964, aff. C-6/64, Costa c/ ENEL. – CJUE, 22 juin 2010, aff. C-188/10 et C-189/10, Aziz Melki et Sélim Abdeli : JCP G 2010, doctr. 801, n° 21, chron. QPC B. Mathieu ; Gaz. Pal. 27-29 juin, p. 19, obs. Rousseau. – CJUE, 26 févr. 2013, aff. C-399/11, Melloni : JurisData n° 2013-004004*). La Cour EDH l'affirme implicitement, en condamnant la France à cause d'une loi, pourtant estimée conforme à la Constitution (*CEDH, 14 févr. 2006, n° 67847/01, Lecarpentier c/ France*) ;

- pour le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et le Conseil d'État, la Constitution est supérieure aux traités (*Cons. const.*, 20 déc. 2007, n° 2007-560 DC, consid. 8. – *Cass. ass. plén.*, 2 juin 2000, n° 99-60.274, *Fraisse* : *JurisData* n° 2000-002324 ; *Bull. civ.*, ass. plén., n° 4. – *CE, ass.*, 30 oct. 1998, *Sarran* : *JurisData* n° 1998-106575. – *V. X. Prétot, P. Jan, JCl. Administratif, fasc. 1418*). Cependant, en examinant une directive européenne, le Conseil constitutionnel a laissé entendre qu'elle pouvait être supérieure à certaines dispositions de la Constitution, mais pas à une règle ou à un principe « *inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti* » (*Cons. const.*, 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, consid. 19).

Si on cherche à concilier les points de vue, la pyramide serait celle-ci :

- règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France ;
- normes du droit de l'Union, Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) ;
- le reste de la Constitution et du bloc de constitutionnalité ;
- traités ordinaires ;
- loi, etc.

### 3.2.3. Une autre difficulté non résolue : la place des ordonnances de l'article 38 de la Constitution

La Constitution de 1958 sépare les domaines soumis à la loi et les domaines soumis au règlement. La séparation entre ces deux domaines peut parfois apparaître trop rigide pour le Gouvernement en place qui entend agir dans le domaine législatif, sans passer par le Parlement. L'article 38 de la Constitution permet au Gouvernement de demander au Parlement l'autorisation d'agir dans le domaine législatif : il demande à être habilité, pour une certaine durée, à agir par voie d'ordonnance. L'ordonnance est donc un acte issu du Gouvernement mais dans le champ législatif. L'ordonnance a vocation par la suite à être ratifiée par le Parlement et acquiert alors une valeur législative : c'est une loi. La question est de déterminer la valeur de l'ordonnance avant sa ratification. Est-ce une loi, puisque nous sommes dans le domaine législatif, ou bien un règlement, puisque nous avons un acte issu du Gouvernement ? En principe, avant ratification, l'ordonnance a valeur réglementaire, et non législative. Pourtant, récemment, le Conseil constitutionnel a décidé, de manière étrange, qu'une ordonnance non ratifiée pouvait avoir, d'une certaine manière, valeur législative (*Cons. const.*, 28 mai 2020, n° 2020-843 QPC, *Force 5 [Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité]*, § 11). Le Conseil constitutionnel accepte ainsi d'examiner la conformité à la Constitution d'une ordonnance non ratifiée (sur cette décision, *V. P. Deumier, RTD civ. 2020, p. 596 et s.*). La Cour de cassation (*Cass. 2e civ.*, 24 sept. 2020, n° 20-40.056, § 11) et le Conseil d'État ont statué dans le même sens en acceptant qu'une question prioritaire de constitutionnalité puisse porter sur une ordonnance non ratifiée (*CE*, 28 sept. 2020, n° 441059, § 6. *Et sur cette décision, ainsi que les précédentes, V. JCP G 2020, doct. 1267*).

### 3.2.4. Le contrôle de la hiérarchie par les juges français

- le Conseil constitutionnel effectue le **contrôle de constitutionnalité** :
  - il contrôle la compatibilité des traités à la Constitution (*Const.* 4 oct. 1958, art. 54),
  - il contrôle la conformité des lois à la Constitution, avant ou après leur promulgation (*Const.* 4 oct. 1958, art. 61 et 61-1) et, nous venons de le voir, la conformité des ordonnances non ratifiées, pourvu que ces ordonnances ne puissent plus être modifiées (le délai d'habilitation est écoulé),
  - il refuse d'examiner la conformité des lois aux traités (*Cons. const.*, 15 janv. 1975, n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*). Il accepte cependant de contrôler la compatibilité d'une loi de transposition à une directive (*V. par ex. Cons. const.*, 21 janv. 2016, n° 2015-727 DC, 21 janv. 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*) ;

- les juges judiciaires et administratifs effectuent le **contrôle de conventionalité** : ils contrôlent la conformité des lois aux traités (*Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, Jacques Vabre : Bull. civ., ch. mixte, n° 4. – CE, ass. 20 oct. 1989, n° 108243, Nicolo : JurisData n° 1989-645117*). Jusqu'alors, ce contrôle était un contrôle abstrait : le juge vérifiait si la loi, en tant que telle, contredisait un traité. Désormais, la Cour de cassation vérifie en plus si la loi, qui est conforme au traité et a donc passé le test du contrôle abstrait, n'emporte pas, concrètement, des effets disproportionnés dans son application particulière au cas qui lui est soumis. La Cour de cassation effectue donc désormais en plus du contrôle abstrait un contrôle concret dans le but de respecter la Convention européenne des droits de l'homme et d'éviter une éventuelle condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme (*V. par ex. Cass., civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-26 066 : Bull. civ. n° 234 ; JurisData n° 2013-027409*). Le Conseil d'État a pu se livrer lui aussi à ce type de contrôle (*CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, Gonzalez Gomez : JurisData n° 2016-010489*). La doctrine, pour désigner ce contrôle de conventionalité concret, parle de contrôle de proportionnalité ;
- le juge administratif :
  - contrôle la conformité des règlements à la loi ; c'est le **contrôle de légalité** ,
  - refuse de contrôler la conformité des règlements à la Constitution lorsque le règlement a été pris conformément à une loi. C'est la théorie dite de **l'écran législatif** : si le juge acceptait de faire ce contrôle, cela aboutirait à contrôler la conformité de la loi à la Constitution, contrôle qui appartient au Conseil constitutionnel. L'écran ne joue donc pas lorsque le règlement est autonome ou que la loi, vide, n'a fait que renvoyer au règlement.
- le juge judiciaire contrôle la légalité des règlements lorsque :
  - le règlement porte gravement atteinte à la liberté individuelle ou au droit de propriété (*T. confl., 30 oct. 1947, Barinstein : Lebon, p. 511*),
  - la question relève du droit pénal (*C. pén., art. 111-5*),
  - la question relève de la procédure civile (*Cass. 2e civ., 19 mars 2020, n° 19-12.990 : JurisData n° 2020-003781*).

**Attention** : Les effets des contrôles ne sont pas les mêmes :

- quand le Conseil constitutionnel reconnaît l'inconstitutionnalité d'une loi promulguée (QPC) elle est **abrogée** . Elle disparaît pour l'avenir, du moins en principe, le Conseil constitutionnel pouvant aménager dans le temps les effets de sa décision (*Const. 4 oct. 1958, art. 62*) ;
- quand les juges judiciaires et administratifs reconnaissent l'inconventionalité d'une loi à la suite du contrôle abstrait, elle demeure, elle n'est pas abrogée, mais elle n'est pas appliquée au cas d'espèce. Il en va de même à la suite du contrôle de proportionnalité ;
- quand le juge administratif reconnaît l'illégalité d'un règlement, il est **annulé** . Il disparaît rétroactivement, du moins en principe. En effet, le Conseil d'État décide parfois d'annuler un règlement tout en refusant de faire produire totalement effet à la rétroactivité de l'annulation : pour certains administrés, le règlement est applicable, bien qu'annulé (*CE, ass., 11 mai 2004, n° 255886, Association AC : JurisData n° 2004-066645 ; J. Bigot – La rétroactivité de l'annulation d'un acte administratif peut être modulée dans le temps et peut avoir des incidences sur les assurances de responsabilité obligatoires : JCP A 2004, 1826*) ;
- quand le juge judiciaire reconnaît l'illégalité d'un règlement, il ne peut pas l'annuler, il en écarte simplement l'application à l'espèce.

### 3.3. Les conflits entre règles jurisprudentielles

La pyramide des normes, nous l'avons dit, est utilisée surtout pour hiérarchiser les sources écrites, ce qui permet d'imposer à la norme inférieure de respecter la norme supérieure. Nous avons aussi dit que la jurisprudence était une source du droit. Dès lors, deux difficultés se posent.

La première est de savoir où placer la jurisprudence dans la pyramide de Kelsen. Une des manières de résoudre le problème est de dire que la jurisprudence prend la place du texte qu'elle interprète. Si un juge interprète la loi, son interprétation a, d'une certaine manière, valeur législative.

La seconde question est celle des conflits entre différentes jurisprudences : que faire si le Conseil d'État n'est pas d'accord sur un point avec la Cour de cassation ? Que faire encore si la Cour de cassation n'est pas d'accord avec la Cour européenne des droits de l'Homme ? La solution réside parfois dans l'anticipation, dans la volonté de ne pas entrer en conflit. Ainsi, si des juges nationaux ont un doute quant à l'interprétation à retenir du droit de l'Union européenne ils peuvent demander à la Cour de justice son avis. On parle alors de question préjudicielle et le mécanisme est prévu à l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Dans certains cas, le juge est obligé de saisir la Cour de justice et le Conseil d'État a été sanctionné pour ne pas l'avoir fait (*CJUE, 4 oct. 2018, aff. C-416/17, Commission c/ France : JCP E 2018, act. 781*). De même, si les juges nationaux ont un doute quant à la teneur exacte du droit issu de la Convention européenne des droits de l'Homme, le protocole n° 16 permet de demander un avis consultatif à la Cour EDH. La Cour de cassation a profité de cette possibilité le 5 octobre 2018 en matière de gestation pour autrui.

**Pour aller plus loin :**

- H. Kelsen, Théorie pure du droit, trad. Ch. Eisenmann : *Bruylant, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999*
- R. Libchaber, L'impossible rationalité de l'ordre juridique, Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit : *LexisNexis, 2010, p. 505*
- P. Puig, Hiérarchie des normes : du système au principe : *RTD civ. 2001, p. 749*
- F. Chénéde, Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation : *D. 2016, p. 796*
- P. Deumier, Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles : *N3C 2015/2, p. 65*



## EXERCICES

---

### 1. Dissertation

#### 1.1. Énoncé

« *Le droit et la morale* »

#### 1.2. Corrigé

Le sujet est un grand classique. Il est pourtant à première vue impossible ! Il faudrait définir de manière à la fois concise et satisfaisante le droit et définir la morale, ce qui paraît impossible.

Dans un premier temps, et pour baliser le sujet, il est possible d'écarter le droit naturel pour ne comparer que le droit positif et la morale. On évite ainsi une question difficile, celle de savoir si le droit naturel relève plutôt du droit ou de la morale.

Dans un deuxième temps, il faut s'accorder sur le fait que la règle de droit est la règle qui émane de l'État.

Ainsi délimité dans la confrontation de la morale et du droit étatique, le sujet éveille une première intuition : le contenu de la règle de droit est-il moral ? Est-il moral d'interdire l'homicide ? de faire payer des impôts ? D'ouvrir les conditions d'accès à l'avortement ? Sans entrer dans le débat, il est possible de rappeler que selon Paul, un juriste romain « *non omne quod licet honestum est* » : ce qui est permis par le droit n'est pas toujours conforme à la morale (cette phrase pouvant utilement servir d'accroche au devoir).

La morale est alors entendue très intuitivement comme une somme de règles à respecter « parce que c'est bien » et dont la violation entraînerait un jugement moral : « *c'est mal* ».

Un autre aspect du sujet peut se dégager si l'on examine plus en détail ce qu'est la morale. En réalité, la morale semble avoir deux aspects : la morale de l'obligation et la morale de la vertu ou, pour reprendre les mots d'un philosophe du droit américain Lon Fuller, la morale du devoir et la moralité d'aspiration (*L. Fuller, La moralité du droit, trad. J. Van Meerbeck : Presses de l'Université Saint Louis, 2017 [1969]*).

La morale de l'obligation ou du devoir consiste à respecter des règles générales conformes à celles qu'édicterait une conscience éclairée. Ne pas tuer, ne pas voler, ne pas convoiter la femme du prochain. La morale du devoir limite le travail du moraliste en deux tâches : « 1– l'étude et l'exposé des obligations morales à partir des lois, des commandements ou des normes qui les déterminent ; 2– l'application de ces lois aux actes concrets, avec une attention spéciale aux cas difficiles où les limites du permis et du défendu ne sont pas claires ; ce sont les cas de conscience » (*Servais (Th.) Pinckaers, Les sources de la morale chrétienne : Academic Press Fribourg, Cerf, 5e éd., 2012, p. 26*).

La morale de la vertu – ou la morale d'aspiration – se détache de la règle pour examiner l'excellence d'une activité, d'un comportement, en vue du bonheur. C'est une morale qui s'appuie sur les vertus : le courage (ni lâche, ni téméraire), la générosité (ni avare, ni dispendieux), la justice (recevoir ni plus ni moins que sa part) voire l'eutrapélie (le sens de la bonne plaisanterie : la personne sans humour n'est pas agréable à vivre, le bouffon qui ne cherche qu'à amuser la galerie non plus). La morale de la vertu permet alors de traiter de sujets aussi variés que la souffrance, l'amour, la justice, le bonheur.

Ainsi, d'une part, on voit que la moralité du devoir peut s'exprimer sous forme de règles générales, de « lois », là où la morale d'aspiration se concentre sur les vertus. D'autre part, la morale de la vertu vise le bonheur de l'homme. La morale du devoir elle, viserait plutôt à préserver un minimum permettant de vivre en société.

Par conséquent, le droit pourrait enregistrer sans trop de dommages la morale d'obligation – de devoir – puisqu'elle est déjà énoncée en termes généraux et qu'elle vise à préserver un minimum de moralité au sein de relations sociales. Le droit serait donc tout à fait habilité à produire des règles dont le contenu serait inspiré de cette moralité. En revanche, le droit dépasserait sa sphère de compétence s'il entendait poser des règles visant à l'excellence de chacun et à son bonheur. Le droit empièterait ici dans une partie de l'activité humaine où la liberté devrait primer. Une fois le cadre fixé (le minimum nécessaire à la vie en société), l'individu doit être libre de chercher le chemin qui le conduira au bonheur. Un bon exemple à ce sujet est la laïcité. Autant il paraît fondé de lutter contre les dérives sectaires, autant l'État n'a pas à imposer ni à interdire une religion à ses citoyens.

La question du droit et de la morale pose donc également (après la question de la moralité de telle ou telle règle de droit) la question de l'étendue du droit, de l'opportunité de légiférer dans certains domaines.

Nous passons sur d'autres aspects du sujet. Le plan proposé se concentre sur les deux points abordés précédemment : la moralité des règles de droit et le domaine légitime d'intervention du droit. Nous avons pressenti que le droit ne pouvait pas recouvrir toute la morale (pas la morale de la vertu). La distinction entre le droit et la morale est souhaitable. En revanche, le droit ne semble pas pouvoir se couper de toute morale, en particulier de la morale de devoir, d'obligation. La séparation serait inopportune. Horace, un auteur romain, pose la question : que serait la loi sans la morale, sans les mœurs ? [*quid leges sine moribus ?*].

Voilà les deux axes du plan : si la distinction est souhaitable, la séparation est inopportune.

## I. Une distinction souhaitable

### A. Les dangers de l'assimilation du droit et de la morale

#### 1. Protéger l'individu contre la morale

La morale peut énoncer des règles à la fois plus floues, plus fortes et plus dangereuses que le droit. Le droit peut alors avoir une vertu libératoire en fixant des bornes bien déterminées.

De plus, par son caractère applicable à tous, le droit permet de faire coexister entre eux des citoyens à la moralité différente. En cas de désaccord, le seul jugement qui compte est celui que posera le juge appliquant la règle de droit.

#### 2. Protéger l'individu contre le droit

Il est plus méritoire, plus satisfaisant d'accomplir un acte volontairement, par souci de la morale. Si on agit uniquement pour se conformer au droit, le mérite disparaît, la satisfaction d'avoir agi spontanément s'évanouit.

Il faut protéger l'individu contre le droit, lui laisser un espace de liberté, laisser la morale individuelle s'exprimer. Il est difficile d'imaginer une société où tous les comportements seraient soumis au droit. De plus, le droit qui voudrait faire de la morale serait un droit flou, un droit qui dépendrait essentiellement des cas particuliers et de l'appréciation du juge. Il y a donc un risque d'arbitraire et d'oppression de la liberté individuelle dans le droit qui voudrait régir jusqu'au for intérieur des individus.

Selon Georges Ripert, « on ne saurait [...] oublier que la distinction traditionnelle du droit et de la morale s'est affirmée comme une des conditions de la liberté politique, que le péril d'une confusion persiste, que toutes les tyrannies ont toujours prétendu faire régner la vertu » (*G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles : LGDJ, 4e éd., 1949 [1929], n° 4*).

### B. Le critère de la distinction

**La source du devoir** : tandis que la morale viendrait de la conscience, de la raison, le droit viendrait d'une volonté, d'un commandement ou d'un comportement (coutume). Mais le droit peut aussi s'inspirer de la conscience de la raison, par exemple le droit pénal, qui sanctionne l'homicide.

**La finalité de la règle** : pour la morale, il s'agit du perfectionnement intérieur de l'homme. Pour le droit, c'est la paix dans la société. Rappelons que le premier auteur qui aurait abordé la question de la distinction entre le droit et la morale serait Thomasius, en 1713. Il propose une solution : la morale se réfère à la conscience du sujet et tend seulement à procurer la paix intérieure, le droit règle les relations avec autrui et poursuit la paix extérieure, en établissant l'obligation de ne pas offenser son prochain. Pourtant, il est possible de voir que la morale comme le droit ont une finalité commune : la justice. *Suum cuique tribuere* (rendre à chacun ce qui lui est dû), *neminem lædere* (ne pas nuire à autrui) et *honeste vivere* (vivre de manière vertueuse) est la définition du droit selon le Digeste.

**Les caractères de la règle** : Le droit est extérieur au sujet et collectif. La morale est interne et individuelle. On peut douter d'une telle séparation. Le droit a des conséquences subjectives et la morale des conséquences sociales et collectives. La morale ne relève pas que de la sphère privée et le droit peut prendre en compte parfois le for intérieur, notamment en regardant la cause d'un contrat, ce pourquoi la personne a choisi de contracter. Si le motif est illicite, le contrat sera annulé.

**Caractère obligatoire** : on peut penser que le droit est plus contraignant que la morale. Pourtant, vouloir respecter la morale peut être très contraignant, parfois plus que la loi.

**La sanction de la règle** : on peut invoquer la règle juridique devant le juge, on ne peut pas invoquer la règle morale. Mais est-ce un critère de distinction, ou simplement une conséquence de la distinction ?

Aucun critère ne semble être totalement satisfaisant. La distinction, si elle est souhaitable, est donc délicate à faire. La séparation totale du droit et de la morale pourrait être impossible. Quoi qu'il en soit, elle n'est pas opportune.

## II. Une séparation inopportune

### A. La perfection du droit par la morale

#### 1. Le droit accueille la morale

Il est délicat d'imaginer un droit purement coupé de la morale, voire immoral. Le droit n'hésite d'ailleurs pas à consacrer des règles morales, si cela lui paraît nécessaire ou conforme à l'esprit du temps.

Exemple de consécutions : l'interdiction de tuer, de voler, l'interdiction de la polygamie, de l'inceste, la non-assistance à personne en danger.

Il existe une passerelle entre le droit et la morale : l'obligation naturelle. Le droit accepte parfois qu'une obligation purement morale devienne une obligation juridique (*C. civ., art. 1235.– V. JCl. Civil Code, Art. 1235 à 1248, fasc. 10*). Par exemple, le Code civil n'impose pas au frère de prendre en charge sa sœur si elle est dans le besoin. Il n'y a pas d'obligation alimentaire entre collatéraux. Pourtant, si le frère le fait volontairement, il ne pourra réclamer ensuite le remboursement des sommes dépensées. Le droit qui n'imposait pas au frère de nourrir sa sœur lui interdit en revanche de changer d'avis une fois qu'il s'est exécuté. La règle morale de nourrir sa fratrie a été prise en compte par le droit, car il existerait à la charge du frère une obligation naturelle de nourrir sa sœur.

Une autre passerelle serait les bonnes mœurs : la morale individuelle se répand dans la société, devient une règle de mœurs, laquelle est reprise par le droit.

#### 2. La morale permet une réception du droit

Le droit ne heurtant pas la règle morale des personnes auxquelles il a vocation à s'appliquer sera probablement mieux appliqué que dans la situation inverse.

### B. Les dangers de la séparation

On a tout à redouter d'un droit qui perdrait toute référence à la morale, et ne se définirait plus que comme un acte de pure volonté du souverain ou du dirigeant. Si le droit immoral reste du droit (une question, souvent posée,

pouvant faire l'objet d'un autre sujet de dissertation, est de savoir si le droit nazi est du droit), il devient un droit dangereux pour l'individu.

De plus, supprimer tout lien entre le droit et la morale peut aboutir à demander aux citoyens de se conformer aveuglément au droit, sans porter de jugement sur la règle. Si l'obéissance est nécessaire, elle ne doit pas être systématique. À situations exceptionnelles, comportements exceptionnels : c'est ce que prévoit l'article 2 de la DDHC mentionnant un droit de résistance à l'oppression (*V. Fiche pédagogique n° 3335 : Rédiger une dissertation*).

## 2. Cas pratique

### 2.1. Énoncé

Un homme politique vient vous voir et, ayant déjà des idées très arrêtées sur son programme pour la prochaine élection présidentielle, vous demande s'il pourrait opérer des réformes législatives pour favoriser les hommes dans l'accès aux mandats électoraux.

Textes à utiliser : « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* » (*Const. 4 oct. 1958, art. 1er*).

« *Les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs* » (*Const. 4 oct. 1958, art. 61*).

« *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.* » (*Const. 4 oct. 1958, art. 61-1*).

### 2.2. Corrigé

Il est important de toujours s'astreindre à respecter les quatre étapes nécessaires à la résolution du cas. Le cas porte sur la hiérarchie des normes, en particulier sur le contrôle de constitutionnalité :

- règles de droit applicables : selon la Constitution, le Conseil constitutionnel contrôle la conformité d'une loi à la Constitution, soit avant sa promulgation (*Const. 4 oct. 1958, art. 61*), soit après (*QPC, Const. 4 oct. 1958, art. 61-1*). L'article 1er de la Constitution impose que la loi favorise l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux ;
- conditions d'application : pour le contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le président de la République, le président du Sénat, de l'Assemblée nationale, 60 députés ou 60 sénateurs. Pour le contrôle *a posteriori* (QPC) le Conseil constitutionnel est saisi par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, lorsque la question de la conformité de la loi à la Constitution se pose à l'occasion d'une instance en cours ;
- application : en l'espèce, le candidat veut favoriser les hommes. Deux situations sont à distinguer :
  - s'il s'agit de les favoriser pour aboutir à une égalité avec les femmes, la Constitution l'autorise et l'encourage,
  - s'il s'agit de les favoriser pour aller au-delà d'une égalité avec les femmes, la loi est contraire à la Constitution. Or, la Constitution est supérieure à la loi. Elle pourra alors ne jamais être promulguée si le Conseil est saisi en vertu de l'article 61 de la Constitution, elle sera abrogée s'il est saisi ensuite d'une QPC en vertu de l'article 61-1 de la Constitution ;

- conclusion : le programme du candidat sera réalisable uniquement s'il s'agit de rétablir une égalité entre les hommes et les femmes. Sinon, la Constitution étant supérieure à la loi, la réforme législative visant à favoriser les hommes sera impossible à mener.

Bonus : le candidat, une fois élu, pourrait songer à réformer la Constitution pour ensuite faire voter les lois. Mais il est probable qu'ayant levé l'obstacle de la constitutionnalité, il se heurte à celui de la conventionalité de ces lois (V. *Fiche pédagogique n° 3187 : Résoudre un cas pratique*)

## OUTILS

---

### 1. Glossaire

- *Abrogation* : suppression d'une norme sans effet rétroactif
- *Annulation* : suppression d'une norme avec effet rétroactif
- *Contrôle de constitutionnalité* : contrôle de la conformité d'une norme à la Constitution
- *Contrôle de conventionalité* : contrôle de la conformité d'une norme à un traité international
- *Contrôle de légalité* : contrôle de la conformité d'une norme à la loi
- *Droit naturel* : droit n'ayant pas sa source dans la volonté humaine, droit qui incarnerait la justice, permettant d'apprécier la légitimité du droit positif
- *Droit objectif* : ensemble de normes juridiques. C'est le sens utilisé lorsqu'il est question des différents Droits : droit civil, commercial, pénal, etc., Droit espagnol, Droit japonais etc. Peut s'écrire avec une majuscule
- *Droit positif* : ensemble des normes juridiques en vigueur à un moment donné en un lieu donné
- *Droit subjectif* : prérogative individuelle que détient le sujet de droit, qui lui est accordée par le Droit objectif. Ne prend pas de majuscule
- *Obligation naturelle* : obligation juridique particulière issue de l'accomplissement volontaire d'un devoir moral
- *Sources matérielles* : sources nourrissant l'imagination du législateur (au sens large : ce peut être le constituant) pour établir le contenu des normes
- *Sources formelles* : différentes formes que peut prendre la règle de droit

### 2. Pièges à éviter

- Pour les sujets portant sur la règle de droit ou les sources du droit, il faut éviter de ne dire que des banalités ou de ne pas donner d'exemples juridiques et d'avoir un avis trop tranché sur ces questions tant elles sont délicates. Ce qui n'interdit bien évidemment pas d'argumenter dans un sens ou dans l'autre.
- Pour les sujets portant sur la hiérarchie des normes il est impératif d'arriver à l'examen en sachant bien distinguer le rôle des différentes juridictions et leurs différents contrôles. Il peut être utile, au brouillon, de refaire des schémas sur l'ensemble de la hiérarchie des normes avant de traiter le sujet pour être sûr, ensuite, de ne pas commettre de confusions ou de s'éloigner dangereusement du sujet.